



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 01/2016 janvier 2016

1. Licenciement abusif : l'indemnisation pour licenciement abusif doit être aussi complète que possible et la perte d'un éventuel « profit share » fait partie du préjudice à indemniser. p.1

2. Transaction : si le salarié veut en invoquer la caducité, il doit restituer les montants reçus par application de la transaction et maintenir les procédures en cours. p.5

3. Licenciement pour insuffisance professionnelle : justifié par la non-atteinte des objectifs professionnels fixés dans les avenants du contrat du travail en cas de faute ou désinvolture du salarié. p.7

4. Maladie d'un salarié : avertissement le 1^{er} jour par e-mail, envoi du certificat le 1^{er} jour mais réception 5 jours après, licenciement avec effet immédiat abusif. p.9

5. DROIT EUROPÉEN : le droit de l'Union n'exige pas que le droit au congé annuel payé déjà acquis soit rétroactivement recalculé en cas de passage d'un temps partiel à un temps plein. p.10

1. Licenciement abusif : l'indemnisation pour licenciement abusif doit être aussi complète que possible et la perte d'un éventuel « profit share » fait partie du préjudice à indemniser.

Arrêt de la Cour d'appel du 3 décembre 2015, n°38355 du rôle

Les faits

Le salarié X travaille depuis le mois de septembre 1993 en qualité d'assistant d'audit pour l'employeur Y. En juillet 2002, il se voit attribuer le statut d'« *Equity Partner* ».

Le 18 mai 2010, il est suspendu temporairement tant en sa qualité de salarié qu'en sa qualité d'« *Equity Partner* ».

Le 18 juin 2010, son retrait forcé est voté en tant que « *Equity Partner* ».

Le même jour, l'employeur le convoque à un entretien préalable et le 30 juin 2010, il est licencié avec effet immédiat.

Le licenciement est considéré comme abusif par les juridictions.

Il s'agit maintenant pour la Cour d'appel de statuer sur la réparation des préjudices matériel et moral du salarié.

La décision de la Cour d'appel

Le préjudice matériel

Les arguments du salarié

X est d'avis qu'il faut analyser le système de rémunération pratiqué par l'employeur en tenant également compte de la carrière qu'un salarié comme lui suivrait normalement après de cette entreprise.

Il donne à considérer que son employeur à l'instar des autres entreprises de la même branche, recrute ses salariés parmi les meilleurs talents disponibles sur la place pour le secteur dans lequel ils vont travailler.

Lui-même, engagé en qualité d'assistant d'audit, a rapidement gravi les échelons pour recevoir, trois ans plus tard, le titre de consultant pour des missions de conseil en « *Human Resources Management* ».



Deux ans plus tard, il a obtenu le titre de « *Manager* » et plus tard a été nommé gérant tout en se voyant accorder un véhicule de société.

Encore un an après, X s'est vu attribuer le statut de « *Equity Partner* » et a continué à progresser, tant au niveau de ses prérogatives et de ses responsabilités qu'au niveau de sa rémunération.

X explique que les salariés qui font carrière dans les entreprises de cette branche, investissent énormément de travail et d'énergie dans leur carrière et ce aux dépens de leur vie familiale et souvent aussi de leur santé, le tout dans l'optique de pouvoir un jour, si leur performance est bonne, obtenir le statut d'*Equity Partner* et de récolter enfin les fruits de leur engagement par une rémunération très confortable.

La rémunération qu'ils touchent constitue tout au long de leur carrière, et même après le moment où ils sont devenus *Equity Partner*, la seule contrepartie du travail qu'ils fournissent puisque leur nomination comme *Partner* ou *Equity Partner* n'est pas la contrepartie d'un investissement en capital ou d'une participation au capital qui leur reste à tout jamais acquise.

Contrairement à un véritable associé ou actionnaire d'une société qui conserve sa qualité d'associé ou d'actionnaire, le *Partner* ou l'*Equity Partner* d'une firme perd cette qualité sans pouvoir se défendre au moment de son licenciement. Ainsi au jour du licenciement, tous les revenus dont bénéficiait le *Partner* ou l'*Equity Partner* disparaîtront d'un seul coup, y compris le « *profit share* ».

La Cour devrait dès lors tenir compte dans l'appréciation du préjudice matériel de l'élément « *profit share* » de la rémunération.

En outre, X explique qu'il lui était particulièrement difficile de trouver un nouvel emploi, alors que la plupart de ses clients le connaissaient uniquement comme un salarié et *Equity Partner* de l'employeur Y et que suite à son licenciement pour faute grave il a été coupé de ses clients et de tout le marché sur lequel il travaillait depuis des années. La nouvelle de son licenciement pour faute grave aurait en effet vite fait le tour de la place financière.

Tous ces faits auraient eu pour effet de le mettre dans une situation extrêmement difficile pour retrouver un nouvel emploi, le chômage n'ayant pas non plus été une option pour lui vu son licenciement pour faute grave.

Ainsi, il lui aurait été quasiment impossible d'exercer son métier et il n'aurait, en raison de cette difficulté, pas eu d'autre choix que de créer sa propre entreprise.

X réclame ainsi un montant de 1.801.779,50 € à titre de réparation du préjudice matériel qu'il a subi durant les 24 mois qui ont suivi son licenciement.

Ce montant correspond à la différence entre le salaire annuel moyen de 935.000 € qu'il aurait dû toucher pendant les 24 mois qui suivaient son licenciement et les revenus qu'il a effectivement touchés.

La position de l'employeur Y

L'employeur Y s'oppose en ordre principal à toute indemnisation d'un quelconque préjudice matériel et demande en ordre subsidiaire une forte réduction du montant réclamé par X.

Seul le préjudice direct serait réparable en raison du fait que seul ce préjudice pourrait être lié de manière causale au licenciement abusif.

Y reproche surtout à X de ne produire la moindre preuve de recherche d'emploi.

Ce serait faux de prétendre qu'une embauche dans la même branche était quasi impossible alors qu'il existe au Luxembourg de nombreuses entreprises renommées spécialisées dans le consulting en matière de ressources humaines.

Y est encore d'avis qu'il n'a pas à supporter les conséquences du libre choix de X de créer sa propre société plutôt que de rechercher un nouvel emploi rémunéré de sorte qu'un défaut de bénéfices de cette nouvelle société ne serait pas en relation causale avec le licenciement.

En ce qui concerne la base de calcul pour la détermination du dommage, Y s'oppose formellement à la prise en compte du « *profit share* ».

Il serait tout d'abord faux de prétendre que « *toutes les sources de revenu (...) disparaissent avec le licenciement, sans*

autre compensation » alors que les parts sociales de X lui auraient été rachetées.

Il serait également faux de prétendre que le licenciement entraînerait automatiquement la perte de la qualité d'*Equity Partner* et partant le bénéfice du « *profit share* » dont l'octroi serait réservé aux *Associate Partners* et *Equity Partners*. L'exclusion comme *Equity Partner* obéirait en effet à une procédure totalement distincte de celle du licenciement.

Ainsi l'exclusion résulterait d'une disposition contractuelle spécifique, tandis que le licenciement résulterait d'une disposition légale, en l'espèce l'article L.124-10 du Code du travail applicable en cas de licenciement pour faute grave.

Selon Y, la perte du statut d'*Equity Partner* et du droit potentiel à percevoir un « *profit share* » ne serait donc pas en relation causale avec le licenciement.

Y donne en outre à considérer que conformément au droit général de la responsabilité civile, seul le dommage certain est réparable et prévisible résultant de la faute contractuelle est indemnisable.

Or, par les termes clairs tant du contrat de travail que des règles internes à l'entreprise Y signées entre X et Y, les parties se seraient mises d'accord pour exclure tout caractère obligatoire au « *profit-share* » et notamment pour exclure tout « *profit-share* » en cas d'exclusion d'un *Equity Partner*. Il conviendrait de respecter les termes contractuels liant les parties.

La Décision de la Cour

En ce qui concerne le lien causal entre le licenciement et le préjudice subi par X

Il est vrai que si l'indemnisation du salarié, victime d'un licenciement abusif, doit être aussi complète que possible, seul le dommage qui se trouve en relation causale directe avec le licenciement est indemnisable. A cet égard, les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié de trouver un emploi à peu près équivalent, le salarié étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour se procurer un emploi de remplacement.

La Cour estime qu'il est compréhensible qu'un salarié, qui se fait renvoyer du jour au lendemain après 17 ans de service durant lesquels il a investi toute son énergie dans sa carrière aux dépens souvent de sa santé et sa vie de famille, soit dans un premier temps tétanisé par le choc et ne se mette pas dès le lendemain de son licenciement avec effet immédiat à la recherche d'un nouvel emploi.

Le salarié X avait au moment du licenciement 44 ans.

Il est inexact de dire qu'il serait resté inactif, alors que dès le mois d'août 2010 et jusqu'au mois de décembre 2010, il était sous contrat d'expert externe.

Parallèlement à cela, il a créé sa propre entreprise.

Il ne saurait légitimement lui être reproché d'avoir créé sa propre entreprise plutôt que de chercher un nouvel emploi, quitte à ce que la création de son propre commerce ait entraîné des coûts et des frais de lancement et ne lui ait pas procuré de gros revenus.

Au vu de ce qui précède, la Cour retient l'existence d'un lien causal entre le licenciement et le préjudice matériel.

En ce qui concerne les fautes commises par X

Dans son arrêt du 11 juillet 2014, la Cour avait jugé les fautes reprochées à X insuffisantes pour justifier un licenciement avec effet immédiat pour faute grave.

Dans la mesure où l'employeur a opté pour un licenciement avec effet immédiat, jugé abusif par la Cour, il doit dès lors en assumer les conséquences.

En ce qui concerne la base de calcul pour la détermination du dommage matériel

La Cour retient que si l'indemnité compensatoire du préavis est calculée par rapport au salaire que le salarié aurait touché pendant la durée du préavis, l'employeur qui a procédé à un licenciement abusif est tenu d'indemniser l'entier préjudice matériel subi du fait de la perte de salaire ainsi que de la perte de tout autre revenu.

Dans la mesure où l'indemnisation doit être aussi complète que possible et que l'affirmation de X selon laquelle la perte de son emploi a entraîné la perte de sa qualité d'« *Equity Partner* » se vérifie à la lecture de l'article 39 des In-House Rules qui stipule : « *The Equity Partner status is lost by any form of withdrawal...* », la perte du « *profit share* » fait bien partie de son préjudice.

C'est à tort que l'employeur oppose que l'exclusion comme *Equity Partner* aurait eu lieu avant son licenciement, soit le 18 juin 2010 tandis que le licenciement ne serait intervenu que le 30 juin 2010 pour en conclure que la perte du statut d'*Equity Partner* ne serait donc pas une conséquence du licenciement.

C'est oublier que d'un point de vue juridique, la procédure de licenciement débute avec la convocation pour l'entretien préalable. Or, le courrier de convocation pour l'entretien préalable est parti le même 18 juin 2010 où l'exclusion a été votée.

De toute manière, au vu des règles internes de l'entreprise Y, la perte de la qualité de salarié entraîne la perte du statut d'*Equity Partner*.

Le licenciement de X lui a donc fait perdre ce statut.

C'est encore à tort que Y s'oppose à l'indemnisation de la perte du « *profit share* » en le qualifiant de dommage hypothétique et de dommage non prévisible.

En licenciant X, Y ne pouvait ignorer que du simple fait de l'application de ses propres règles, X perdrait son statut d'*Equity Partner* et partant son « *profit-share* » de sorte que l'entier dommage résultant du licenciement était tout à fait prévisible.

Il y a encore lieu à rejet du moyen selon lequel la perte d'un éventuel « *profit-share* » constituerait un dommage hypothétique et ne serait en tant que tel pas réparable.

Au vu du système de rémunération pratiqué par Y, la partie « *profit-share* » faisait partie intégrante de la rémunération du salarié qui était en même temps *Equity Partner* et une avance sur cette partie de rémunération était payée men-

suellement ensemble avec la rémunération.

Durant les quatre dernières années précédant son licenciement, X a bénéficié du « *profit-share* ».

Alors même que l'attribution du « *profit-share* » est en définitive discrétionnaire, la Cour tient pour acquis qu'au vu de la bonne situation financière de Y, le salarié X, s'il n'avait pas été licencié, aurait continué à toucher des revenus comparables du fait de son statut d'*Equity Partner*.

Il en suit que la Cour tiendra compte de l'élément « *profit-share* » dans la détermination du préjudice matériel.

Au vu des montants alloués dans le passé, la Cour évalue le préjudice matériel à 920.000 € par année.

Compte tenu de la nature de l'emploi et de la qualité d'*Equity Partner* perdus et des difficultés à retrouver un nouvel emploi qui en résultent, la Cour fixe à 18 mois la période durant laquelle son préjudice matériel peut être considéré comme se trouvant en relation causale avec son licenciement.

Au vu de l'évaluation faite par la Cour, la perte subie durant ces 18 mois est de 1.380.000 € (920.000 : 12 x 18).

Les informations que X a données par rapport aux revenus qu'il a effectivement touchés pendant cette même période de 18 mois, soit 7.500 € en 2010 (3 x 2.500) et 20.521 € (41.041,78 : 12 x 6) n'ont fait l'objet d'aucune contestation de sorte qu'il existe un manque à gagner de 1.351.979 € [1.380.000 - (7.500 + 20.521) = 28.021]

Du fait qu'il touchera en outre, sur base de l'arrêt de la Cour d'appel du 11 juillet 2014, une indemnité compensatoire de préavis de 94.920,36 €, le préjudice matériel s'élevé en définitive à 1.257.059 € (1.351.979 - 94.920,36).

C'est à tort que Y demande à ce que soient déduites de ce montant les sommes payées à titre de prix de rachat des parts sociales, à titre de remboursement du compte courant d'associé, le paiement de ces sommes n'étant pas destiné à combler une perte de revenu mais se rapportant, d'après la qualification-même que leur donne Y, au rachat de parts sociales et du remboursement

du compte courant d'associé que X détenait dans la société.

Le préjudice moral

X réclame 453.750 € à titre de réparation du préjudice moral ce qui correspond à six mois de sa rémunération attendue pour 2010.

Au vu des circonstances très particulières de la cause, la Cour fixe à 25.000 € le montant devant revenir à X à titre de réparation du préjudice moral subi.

Les intérêts

Si le préjudice moral naît au moment du licenciement, la Cour peut allouer les

intérêts sur le montant de 25.000 € à partir du jour de la demande en justice tel que requis par X.

Il en va différemment du point de départ des intérêts sur le montant alloué à titre de réparation du préjudice matériel, le gros de ce préjudice n'étant pas encore réalisé au moment de l'introduction de la demande en justice de sorte qu'il convient de retenir une date moyenne que la Cour fixe au 30 juin 2011.

Les indemnités de procédure

X demande, par réformation, une indemnité de procédure de 25.000 € pour la première instance et il réclame une indemnité de procédure de 25.000 € pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue de l'affaire, il est inéquitable de laisser à charge de X l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a exposés pour organiser sa défense tant en première instance qu'en instance d'appel.

Compte tenu de l'envergure de l'affaire et du volume des conclusions échangées entre parties, la Cour fixe, par réformation, à 15.000 € l'indemnité de procédure devant lui revenir pour la première instance et à 15.000 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Seule la partie obtenant gain de cause pouvant bénéficier d'une indemnité de procédure, la demande de l'employeur Y est à rejeter.

2. Transaction : si le salarié veut en invoquer la caducité, il doit restituer les montants reçus par application de la transaction et maintenir les procédures en cours.

Arrêt de la Cour du 17 décembre 2015, n°41980 du rôle

Faits

Le salarié A était engagé aux services de la société à responsabilité limitée C, actuellement la société à responsabilité limitée B, à partir du 2 mai 2012 en qualité de chef de vente et a été licencié le 23 juillet 2013 moyennant le préavis légal de deux mois.

Par requête du 17 mai 2013, le salarié A a fait convoquer son ancien employeur, devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour voir nommer un expert avec la mission de déterminer le montant du chiffre d'affaires entre mai 2012 et mai 2013 de la société employeuse, afin de déterminer le montant des commissions lui rédues sur base des stipulations contractuelles, commissions évaluées pour les besoins de la cause à 30.000 euros. Il demanda aussi d'ordonner sous peine d'astreinte la communication de tout document nécessaire à la réalisation de l'expertise à ordonner. Il demanda enfin une indemnité de procédure de 2.000 euros.

L'employeur soulève l'irrecevabilité de la demande en raison d'une transaction intervenue le 10 octobre 2013 et d'un reçu pour solde de tout compte signé entre parties.

Le salarié A fait valoir que la convention transactionnelle était caduque, faute de paiement par la société employeuse des montants y repris avant le 16 octobre 2013.

Décision de première instance

Par jugement du 5 décembre 2014, le Tribunal du travail a déclaré valable la transaction intervenue entre parties le 10 octobre 2013, a dit la demande du salarié A irrecevable.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal a constaté que le paiement de la somme convenue a été fait le 16 octobre 2013, et que le salarié admet avoir reçu ladite

somme. Le salarié n'a pas fait savoir à son ancien employeur qu'en dépit du paiement effectué, il considérait la transaction caduque du fait que le paiement a seulement été fait le 16 octobre 2013. Les affaires de référé ont été rayées les 16 et 30 octobre 2013, tel qu'il a été prévu à l'article 5 de la transaction, de sorte que A est malvenu à soulever actuellement la caducité de la transaction, son comportement après le 16 octobre 2013 valant renonciation aux conséquences juridiques du dépassement du délai.

Instance d'appel

Par exploit d'huissier du 16 janvier 2015, le salarié A a interjeté appel de ce jugement.

Demande et moyens du salarié

Le salarié demande à entendre déclarer la transaction conclue le 10 octobre 2013 caduque, et à s'entendre faire droit à sa demande en institution d'une expertise. Il demande en outre une indemnité de procédure de 5.000 euros.

A l'appui de son appel, le salarié A fait valoir que le paiement de la somme transactionnelle avant le 16 octobre 2013, était la raison principale pour laquelle il avait accepté de transiger et renoncé à d'importantes commissions qui lui étaient pourtant dues. Il soutient qu'au jour de la conclusion de la transaction, il était dans une situation financière catastrophique, subissant de plein fouet les conséquences financières liées au non-paiement par l'employeur de ses salaires, frais et commissions qui lui étaient rédues depuis de nombreux mois, et de trois procédures qu'il avait dû intenter contre l'intimée. Ce serait précisément pour cette raison qu'il aurait insisté pour que les paiements à effectuer interviennent avant le 16 octobre 2013, faute de quoi la transaction devait être, selon la volonté exprimée par les

parties, considérée comme caduque. Etant donné que les paiements n'étaient finalement pas intervenus avant le 16 octobre 2013, mais le 16 octobre 2013, il aurait considéré que la transaction était caduque, conformément à l'article 4 de la transaction.

Le salarié reproche encore aux premiers juges d'avoir fait une mauvaise appréciation de son comportement après le paiement des montants transactionnels, alors qu'il n'avait pas rayé la procédure devant le Tribunal du travail et qu'il avait adressé le 25 octobre 2013 un courrier à l'employeur en indiquant que la transaction devait être considérée comme caduque à défaut du paiement de la somme transactionnelle dans le délai conventionnellement imparti. En ce qui concerne les procédures de référé, le salarié affirme qu'elles avaient été rayées non pas en exécution de la transaction, mais parce qu'elles portaient sur des salaires et frais ayant été payés entretemps, de telle sorte qu'elles n'avaient plus de raison d'être poursuivies. Il soutient enfin qu'en raison de la défaillance de la condition suspensive, la transaction était devenue de plano caduque et inexistante, sans autre formalité.

Arguments de l'employeur

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

Elle réplique que les clauses résolutoires doivent être interprétées de manière restrictive, que la convention transactionnelle ne prévoyait pas en son article 4 que A pouvait se dispenser d'une mise en demeure préalable et ne dérogeait pas à la règle édictée par l'article 1184 du Code civil, c'est-à-dire celle de demander la résolution judiciaire et non se faire justice soi-même.

Par ailleurs, le principe de bonne foi édicté par l'article 1134 du code civil

mettrait à charge du créancier une obligation de tolérance vis-à-vis de son cocontractant et le retard d'une journée dans la réception des fonds n'aurait emporté pour l'appelant aucun préjudice de quelque nature qu'il soit.

Selon l'employeur, le créancier devrait enfin faire preuve de cohérence en ce sens qu'il ne pourra pas adopter un comportement contraire à son attitude antérieure. Or, A qui après avoir réceptionné les fonds sans formuler de quelconque réserve, après avoir fait rayer les procédures pendantes devant le juge des référés, et sans avoir jamais restitué la somme qui lui avait été virée, aurait néanmoins par la suite considéré la convention transactionnelle comme caduque.

Analyse de la Cour d'appel

Aux termes de la transaction signée entre parties le 10 octobre 2013,

1. « L'employeur payera à l'employé la somme brute de 4.000 euros (quatre mille euros) au titre des commissions rédues.
2. *L'employeur payera les salaires et les frais rédus.*
3. *Ces paiements interviendront sur les comptes de l'employé dont les coordonnées sont (...)*
4. *Tous les paiements interviendront avant le 16 octobre 2013. A défaut la présente convention est à considérer comme caduque.*
5. *Les parties conviennent de reporter les procédures en cours à une date ultérieure et de les faire rayer dès réception des sommes convenues.*
6. Après le paiement des montants convenus, à savoir la somme totale de 6.480,28 euros les parties reconnaîtront ne plus avoir de revendications à faire valoir l'une à l'égard de l'autre qui seraient en relation avec la relation de travail ayant existé entre elles et/ou le terme de cette relation de travail. Elles s'accordent mutuellement et définitivement décharge. (...) »

Il se dégage du point 4 de la transaction que les parties ont soumis leur convention à la clause résolutoire du non-paiement des montants transigés à une date déterminée.

En vertu de la clause résolutoire, le non-respect du délai de paiement implique la résolution de la transaction sans qu'il soit nécessaire d'en demander la résolution judiciaire ou de procéder à une mise en demeure préalable.

Face aux conclusions de la société défenderesse estimant que le comportement du requérant, après avoir touché l'argent, vaut renonciation aux conséquences juridiques du dépassement du délai, c'est à juste titre que les premiers juges ont admis que les parties peuvent renoncer aux conséquences juridiques du dépassement du délai, à condition que le comportement de la personne à laquelle on oppose la renonciation se manifeste par des faits qui l'impliquent nécessairement.

Il résulte de l'extrait bancaire versé par la société B que le paiement de tous les montants convenus, soit un montant total de 6.480,28 euros, est intervenu non pas comme convenu avant le 16 octobre 2013, mais seulement le jour même.

Il ressort encore des renseignements fournis et des pièces versées en cause que A, après avoir reçu le paiement de l'intégralité des montants convenus à titre de commissions, de salaires et de frais, les a conservés tout en adressant le 25 octobre 2013, soit plusieurs jours après la réception des fonds, un courrier d'avocat à la société pour l'informer de façon laconique qu'il considérait la convention comme étant caduque du fait que les paiements indiqués dans la transaction n'étaient pas intervenus dans les délais convenus et pour en conclure que « *Les paiements intervenus sont donc à considérer comme avances sur commission* ».

Il en appert également que le salarié A a fait procéder à la radiation des seules procédures de référé pendantes relatives aux salaires et frais, à l'exception

de la procédure au fond relative aux commissions.

Force est de constater que A n'a pas pu, sans se contredire, d'une part, se prévaloir de la caducité de la transaction en raison de la réception tardive des paiements et, d'autre part, vouloir conserver les sommes reçues en considérant qu'elles lui étaient dues sur base de son contrat de travail en tant qu'arriérés de salaires, de frais et d'une partie des commissions et faire rayer les seules procédures de référés au motif qu'elles portaient sur des salaires et frais ayant été payés entretemps, de sorte qu'elles n'avaient plus de raison d'être poursuivies.

De l'avis de la Cour d'appel, un refus non équivoque de la part de A aurait en effet et, eu égard au caractère indivisible de la transaction, nécessité la restitution des montants reçus et dès lors le maintien des procédures en cours.

En décidant pourtant de conserver toutes les sommes reçues en exécution de la transaction et en ne faisant procéder qu'à la radiation des seules procédures de référés, A avait dès lors, et nonobstant son refus ultérieur écrit du 25 octobre 2013, entendu bénéficiaire de la transaction et a, partant, renoncé au bénéfice de la clause résolutoire. Il ne pouvait dès lors plus se prévaloir par la suite du paiement tardif des montants pour faire revivre la discussion quant au montant des commissions sur lequel il avait pourtant transigé.

La Cour en conclut que c'est à juste titre, bien que pour des motifs partiellement différents, que les premiers juges sont venus à la conclusion que l'exception de transaction soulevée par la défenderesse était fondée et que la demande était par conséquent irrecevable. Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris.

3. Licenciement pour insuffisance professionnelle : la non atteinte des objectifs professionnels fixés dans les avenants du contrat de travail peut constituer un motif de licenciement, en l'espèce, une insuffisance professionnelle, si l'employeur prouve que la non-réalisation de ces objectifs est due à la faute ou à la désinvolture du salarié.

Arrêt de la Cour d'appel du 17 décembre 2016, n° 42427 du rôle

Faits

Le salarié B au service de son employeur, la société A, depuis le 1er juin 2011, en tant que commercial, est licencié avec préavis en date du 18 avril 2013 pour insuffisance professionnelle et plus précisément pour ne pas avoir atteint les objectifs fixés annuellement entre parties.

Le salarié B a saisi le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette en date du 18 juillet 2013, pour voir déclarer son licenciement comme abusif et se voir octroyer des dommages et intérêts.

Le jugement du Tribunal du travail

Le Tribunal du travail a dit que le licenciement de B était abusif.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal, après avoir rappelé les principes applicables en matière d'insuffisance professionnelle, invoquée comme cause de licenciement, a retenu que le contrat de travail conclu entre parties était muet concernant de quelconques objectifs à réaliser par le salarié, que les avenants signés postérieurement et intitulés « *plan de rémunération variable* » avaient pour finalité de fixer la rémunération variable du salarié en fonction de la marge commerciale réalisée et non de fixer des objectifs à réaliser obligatoirement par le salarié, que même à supposer que ces avenants aient fixé de tels objectifs, l'employeur restait en défaut de spécifier les causes qui sont à l'origine de la mauvaise performance du salarié, respectivement les circonstances permettant d'en imputer la responsabilité au salarié.

L'employeur, la société A, a régulièrement relevé appel du susdit jugement.

L'arrêt de la Cour d'appel

Quant à la précision des motifs du licenciement

Si en principe une insuffisance professionnelle de résultats, pour constituer un motif justifié de licenciement, doit résulter de faits précis observés sur une certaine durée, que l'obligation de moyens à charge du salarié de faire son possible pour parvenir à un résultat déterminé, doit en cas de non-réalisation de l'objectif assigné par l'employeur, être imputable à un manque de diligence et de soins du salarié, c'est à tort que le Tribunal du travail a décidé que les parties n'avaient pas fixé en l'espèce, ni dans le contrat de travail, ni dans les trois avenants postérieurs, d'objectifs précis à atteindre par le salarié.

Le contrat de travail signé le 13 mai 2011 entre les parties dispose que B est embauché comme « *COMMERCIAL IMPRESSION* », poste dont les objectifs et finalités ont été précisés à l'annexe 1 du susdit contrat de travail, relative à la description de fonction, de même que les principales missions et responsabilités y sont encore fixées.

Le contrat de travail précise encore en son article VII sous « *Rémunération* » que B percevra une rémunération mensuelle brute de 2.110,00 euros sur la base de 173 heures et... « *que toute rémunération supplémentaire variable fera l'objet d'un avenant au présent contrat qui définira ses modalités de calcul et de versement* ».

S'il est vrai que le contrat de travail ne fixe pas les objectifs financiers à

atteindre par le salarié, ce qui n'a d'ailleurs rien d'anormal dans la mesure où un contrat de travail fixe le cadre général des parties, de sorte que les éléments contractuels tels que les objectifs à atteindre, qui varient nécessairement dans le temps et en fonction de la conjoncture économique, ne peuvent être figés à l'avance dans le contrat de travail, qui en prévoit cependant la fixation ultérieure par voie d'avenants au contrat de travail.

En effet, trois avenants ont été conclus et signés par les parties, avenants qui sont qualifiés de « *Plan de rémunération variable de B* » pour les années 2011, 2012 et 2013.

Ces avenants déterminent à chaque fois les éléments constitutifs de la « *marge brute* » qui servira pour le calcul de la rémunération variable du salarié.

Les susdits avenants précisent encore que « *les primes commerciales sont arrêtées mensuellement et calculées sur le mois précédent, basées sur la marge commerciale du mois précédent et que la prime commerciale mensuelle est déterminée par : -12 % de la marge brute dès le 1er euro* ».

Les trois avenants fixent ensuite l'objectif à atteindre par le salarié en indiquant :

« *Votre objectif de marge annuelle est de 120.000 euros pour l'année 2010, 86.000 euros pour les années 2012 et 2013* ».

Les avenants indiquent in fine et en caractère gras que : « *tous les ans, le plan de commissionnement variable sera revu en fonction des orientations stratégiques de la société* ».

Il suit des considérations qui précèdent, que les prédicts avenants ont bien fixé les objectifs à atteindre par le salarié pour chaque année concernée et non,

comme l'a retenu à tort la juridiction de première instance, « *que les avenants avaient seulement pour finalité de fixer la rémunération variable du salarié en fonction de la marge commerciale réalisée et non de fixer des objectifs à réaliser obligatoirement par le salarié* ».

Dans la mesure où la fonction d'un commercial consiste à faire des affaires et à réaliser du chiffre d'affaires, elle justifie également que sa rémunération se compose en principe à côté d'une partie fixe, d'une partie variable, la partie variable correspondant à un pourcentage bien défini, lequel dépend à son tour du chiffre d'affaires fixé par les parties et celui réalisé par le salarié.

Partant, les objectifs fixés par les parties permettent justement de déterminer le salaire variable revenant au salarié, de sorte et a contrario, qu'en l'absence de fixation d'objectifs à l'avance par les parties, il sera impossible de fixer et d'allouer au commercial sa rémunération variable.

Admettre, comme l'a fait à tort en l'espèce le Tribunal du travail, que les parties n'avaient pas fixé les objectifs à atteindre par le salarié, revient en fait à vider le contrat de travail liant les parties de sa substance et à empêcher que soit payé au salarié une partie de sa rémunération.

Le jugement est partant à réformer sur ce point.

Quant au caractère réel et sérieux du licenciement

En présence des contestations du salarié quant à la réalité et au sérieux du motif économique invoqué, il incombe à

l'employeur de le prouver, précisément d'établir que B n'a pas atteint les objectifs fixés dans les trois avenants au contrat de travail et que la non-réalisation de ces objectifs est due à sa faute ou à sa désinvolture.

A cet effet, la société employeuse verse deux écrits dactylographiés (pièces 11 et 12) intitulés « *tableau des marges B 2012 et 2013* », desquels résulte que le total des marges obtenues par B en 2012 s'élève à 45.260,20 euros et pour 2013 à 1.226,26 euros.

B, qui ne conteste pas les montants des marges réalisées par lui, figurant sur les pièces versées par son ancien employeur, estime au contraire avoir atteint en 2012 une marge plus que raisonnable (45.260,20 euros).

Il reproche encore à la société A d'invoquer pour le licenciement son insuffisance de résultats, alors que la situation de la société A elle-même, ainsi que celle du groupe de sociétés auquel elle appartient, était très difficile, du moins en France.

Ce moyen est à rejeter dans la mesure où la situation financière obérée de la société française du groupe AX ne justifie ou n'excuse en rien l'insuffisance de résultats de B.

En signant les trois avenants au contrat de travail, B a non seulement accepté le volume des objectifs à atteindre pour les trois années concernées, mais encore reconnu que ces volumes étaient réalistes et réalisables, de sorte qu'il est malvenu actuellement de se prévaloir de la non-faisabilité des résultats lui imposés.

Dans la mesure où B reconnaît ses résultats insuffisants en 2012 et 2013, qui sont partant avérés et n'atteignent même pas le tiers de ce qui avait été conventionnellement fixé, **il faut en déduire que son insuffisance de résultats est due, sinon à son incompétence professionnelle comme commercial, du moins à sa désinvolture ou négligence, de sorte que l'employeur pouvait légitimement se séparer avec préavis d'un commercial improductif.**

Pour être complet, il échet de relever que l'employeur a pris soin, avant de licencier B, de le mettre en garde, en lui adressant une lettre le 1^{er} octobre 2012, par laquelle l'administrateur-délégué de la société employeuse formule une mise en garde à son encontre et souhaite que l'objectif fixé pour 2012 soit atteint à la fin d'année, faute de quoi il sera contraint de reconsidérer les termes de leur collaboration.

Il en résulte d'une part que le salarié, qui n'a pas contesté le bien-fondé de cette mise en garde patronale, en a reconnu le contenu, partant son insuffisance de résultat et admis que, dans l'hypothèse où sa rentabilité ne s'améliorerait pas, le contrat de travail soit résilié.

Il s'ensuit que le motif économique avancé par l'employeur à l'appui du licenciement de B est prouvé, de sorte que le jugement est à réformer en ce qu'il a déclaré le licenciement de B abusif.

4. Maladie d'un salarié : avertissement le 1er jour par e-mail, envoi du certificat le 1er jour mais réception 5 jours après, licenciement avec effet immédiat abusif.

Arrêt de la Cour du 17 décembre 2015, n° 41185 du rôle

Faits

En date du 6 mars 2013, B a été licenciée avec effet immédiat pour absence injustifiée depuis le 1^{er} mars 2013 ayant causé une désorganisation complète au sein de l'entreprise.

Jugement de première instance

Par jugement du 3 février 2014, le Tribunal du travail a dit que B n'a, au moment du licenciement, pas bénéficié de la protection contre le licenciement prévue par l'article L.121-6 du Code du travail.

Il a déclaré le licenciement avec effet immédiat du 6 mars 2013 abusif au motif que le fait que le certificat justificatif de maladie fût parvenu avec plusieurs jours de retard à l'employeur, n'est au vu des éléments du dossier et particulièrement au vu de la longue ancienneté de services, pas suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

L'employeur a été condamné à verser à B une indemnité compensatoire de préavis correspondant à 6 mois de salaires, ainsi qu'une indemnité de départ de la même somme.

Instance d'appel

Positions respectives des parties

L'employeur A estime que **la faute grave de B est donnée puisqu'en ce qui concerne l'avertissement, qui aurait dû être donné le 1^{er} mars 2013, B a agi avec une légèreté blâmable et avec une mauvaise foi délibérée et qu'en ce qui concerne l'acheminement du certificat médical, lui parvenu seulement en date du 7 mars 2013, elle a agi avec une intention de nuire.**

La société appelante A S.A. conteste que B ait envoyé en date du 1^{er} mars 2013 un

avertissement à l'adresse électronique « F@pt.lu ».

A supposer qu'il y ait eu envoi, la société A expose que jusqu'à son décès, en date du 12 novembre 2012, D, administrateur de la société a été le seul à s'occuper de l'entreprise, que son épouse ne s'est jamais occupée de l'entreprise, de sorte qu'elle ignorait le mot de passe pour avoir accès aux données du site internet « F@pt.lu », que B, étant après le décès de D la seule personne à connaître le mot de passe et avoir, par distance, accès au site, B n'aurait pas dû envoyer l'avertissement au site « F@pt.lu » alors qu'elle savait que la société A ne pouvait y avoir accès.

B conteste qu'elle n'ait pas envoyé un e-mail en date du 1^{er} mars 2013 à la société A l'informant de ce qu'elle va lui transmettre par lettre recommandée avec accusé de réception son arrêt de travail. Elle conteste encore que la société A n'ait pas pu avoir accès aux données de sa propre adresse e-mail « F@pt.lu ».

Analyse et raisonnement de la Cour

- Envoi d'un mail à l'employeur le 1er jour

Dans le cadre d'une procédure introduite par B en matière de référé travail, la société A a elle-même soutenu que B a envoyé l'e-mail du 1^{er} mars 2013 à l'adresse « F@pt.lu ».

Le récépissé d'envoi, versé en cause, d'un e-mail en date du 1^{er} mars 2013 par B sur le site « F@pt.lu », e-mail informant de la transmission de l'arrêt du travail, a une apparence de régularité. La société A insinue que ce récépissé a été manipulé. Comme la preuve de cette manipulation n'a pas été rapportée par la société A, le récépissé ne sera pas écarté par la Cour.

Le soutènement de la société A devant le juge des référés, ensemble le susdit récépissé d'envoi d'e-mail, font admettre à la Cour qu'il y a bien eu envoi d'avertissement par e-mail du 1^{er} mars 2013 sur le site « F@pt.lu ».

Pour établir que la société A avait bien accès au site « F@pt.lu », B verse en cause un e-mail du 12 février 2013 que lui a envoyé la société A à partir du site « F@pt.lu ».

Comme la société A n'a pas prouvé que cet e-mail, qui a l'apparence d'être régulier, a été le fruit d'un montage, le Tribunal du travail a à bon droit pu décider, sur base de cet e-mail, que la société A S.A. avait, même après le décès de D, accès au site « F@pt.lu ».

Il n'est pas contesté et il résulte des pièces versées que la société A avait en date le 1^{er} mars 2013, l'adresse e-mail « F@pt.lu ».

La société A se présentant donc comme pouvant être contactée à cette adresse e-mail, aurait dû veiller à avoir accès à celle-ci.

Il n'en serait autrement qu'au cas où elle aurait prouvé – ce qu'elle n'a cependant pas fait – que B savait qu'elle n'avait pas accès à son site internet.

Il suit des considérations qui précèdent que B avait bien donné un avertissement au sens de l'article L.121-6.(1) du Code du travail en date du 1^{er} mars 2013.

Il n'y a pas d'élément permettant de dire que cet avertissement ait été donné avec une légèreté blâmable ou avec mauvaise foi.

- Acheminement du certificat médical

Pour établir relativement à l'envoi du certificat, posté en France par lettre recommandée du 1^{er} mars 2013 et parvenu entre les mains de l'employeur

seulement en date du 7 mars 2013, l'intention de nuire de B, la société A argue que B savait, au moment de l'envoi, que le certificat arriverait avec retard. La société A entend déduire cette connaissance de la circonstance que les deux certificats antérieurs envoyés par lettre recommandée dans le contexte des deux périodes de maladie antérieures étaient également arrivés avec retard.

L'intention de nuire dans le chef de B n'est pas donnée. Il n'est d'une part pas établi que B ait eu réellement conscience de la date de remise à la société destinataire de ses certificats antérieurs envoyés par lettres recommandées. Il était d'autre part dans le propre intérêt de B, pour pouvoir bénéficier de la protection contre le licenciement, de faire en sorte que le certificat parvienne aussi rapidement que possible entre les mains de la société A.

Le fait pour B de ne pas avoir fait toutes les diligences pour s'assurer que le certificat puisse parvenir à l'employeur endéans le délai de trois jours ne constitue, compte tenu des faits qu'il y avait incapacité de travail certifiée par un médecin et que B était au service de la société A S.A. depuis le 1^{er} septembre 1992, pas de motif suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

5. DROIT EUROPÉEN : Le droit de l'Union n'exige pas que le droit au congé annuel payé déjà acquis soit rétroactivement recalculé en cas de passage d'un temps partiel à un temps plein, mais cela est possible dans le cadre de dispositions plus favorables du droit national.

Arrêt de la CJUE (sixième chambre) du 11 novembre 2015, Greenfield, affaire C-219/14

Faits et procédure

Mme Greenfield, citoyenne britannique, a travaillé pour l'entreprise Care entre le 15 juin 2009 et 28 mai 2013. Son contrat de travail prévoyait que les heures et les jours de travail pouvaient varier d'une semaine à l'autre. Sa rémunération était elle-même fonction de ce nombre d'heures ou de jours.

Au cours de la dernière année de référence, cette dernière a utilisé 7 jours de congés payés au mois de juillet 2012. Pendant les 12 semaines ayant précédé ce congé, Mme Greenfield avait travaillé au rythme d'un jour par semaine.

À partir du mois d'août, elle a commencé à travailler au rythme de 12 jours d'affilée suivis de 2 jours de repos, ceci correspondait à une moyenne de 41.1 heures par semaine.

Au mois de novembre, elle a demandé à bénéficier d'une semaine de congé, mais cette demande a été refusée au motif qu'elle avait épuisé son droit au congé annuel payé, ce droit étant calculé au moment de la prise de celui-ci sur la base du rythme de travail observé pen-

dant les 12 semaines l'ayant précédée. Elle aurait donc épuisé son droit.

En désaccord avec le calcul de son employeur, Mme Greenfield a saisi le Tribunal du travail pour demander le paiement d'une indemnité pour congés payés non pris. Le tribunal a dans un premier temps fait droit à sa demande, puis a dans un second temps réexaminé sa décision sur demande de l'employeur.

Le tribunal estime en effet que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier la clause 4 point 2 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel¹ et l'article 7 de la directive 2003/88 sur l'aménagement du temps de travail². Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE.

Clause 4 points 1 et 2 accord-cadre sur le travail à temps partiel :

« 1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils

travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives.

2. Lorsque c'est approprié, le principe du *pro rata temporis* s'applique. »

Article 7 directive 2003/88 :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. »

Les questions préjudicielles

« La clause 4, point 2, de l'accord cadre sur le travail à temps partiel et l'article 7 de la directive 2003/88 sur l'aménagement du temps de travail doivent-ils être interprétés en ce sens que, en cas d'augmentation du nombre d'heures de travail effectuées par un travailleur, les

1) Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES - Annexe : Accord-cadre sur le travail à temps partiel

2) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

États membres ont l'obligation ou l'interdiction de prévoir que les droits au congé annuel payé déjà acquis, et éventuellement pris, soient recalculés, le cas échéant rétroactivement, en fonction du nouveau rythme de travail de ce salarié et, dans le cas où il faudrait procéder à un nouveau calcul, si celui-ci porte uniquement sur la période au cours de laquelle le temps de travail dudit salarié a augmenté ou sur toute la période de référence ? »

« La clause 4, point 2, de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel et l'article 7 de la directive 2003/88 doivent-ils être interprétés en ce sens que le calcul des droits au congé annuel payé s'effectue selon des principes différents selon qu'il s'agit de déterminer l'indemnité compensatrice pour congé annuel payé non pris due dans le cas où il est mis fin à la relation de travail ou le solde des droits au congé annuel payé en cas de maintien de la relation de travail ? »

L'appréciation de la Cour

Sur la première question

La Cour commence par rappeler que le droit au congé annuel payé, consacré à l'article 31 paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, constitue un principe de droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et que les autorités nationales mettent en œuvre dans les limites expressément énoncées. Il ne saurait donc recevoir une interprétation restrictive.

La finalité de ce droit au congé est de permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant en vertu de son contrat de travail. Donc, « **les droits au congé annuel payé se constituent et doivent être calculés par rapport au rythme de travail prévu par le contrat de travail** », plus particulièrement par rapport aux jours ou aux heures et/ou aux fractions de jour ou d'heure effectués et prévus par le contrat.

En la matière, il convient de distinguer la constitution du droit au congé payé, qui se traduit en pratique par le calcul

du nombre de jours (ou autre unité) de congé auquel le travailleur a droit, de la prise effective de ce congé. Le principe du pro rata temporis peut être appliqué à la constitution du droit au congé, le travailleur à temps partiel bénéficiera donc de moins de jours de congé qu'un travailleur à temps plein occupant les mêmes fonctions. En revanche, une fois déjà constitué le droit au congé ne varie plus (sauf dispositions plus favorables qui prévoiraient le recalcul du nombre de jours de congé déjà acquis en fonction de la nouvelle durée du travail plus importante), le nombre de jours de congé reste identique quel que soit le moment de la prise effective de ces jours de congés et quelle que soit la durée du temps de travail à ce moment-là. **Cependant, à cela vient s'ajouter une obligation d'adapter le calcul pour l'avenir du droit au congé en cas de changement de la durée du travail.** De ce fait, comme en l'espèce, lorsque le nombre d'heures prestées par un travailleur augmente et correspond dorénavant à un temps plein, l'employeur a l'obligation de calculer pour l'avenir le droit au congé proportionnellement à la nouvelle durée du travail jusqu'à un éventuel nouveau changement de cette durée.

Sur la deuxième question

Les modalités de calcul du droit au congé sont indépendantes du fait que celui-ci soit calculé au cours de la relation de travail ou quand celle-ci prend fin. Le calcul des droits se distingue par ailleurs du calcul de l'indemnité versée en remplacement de celui-ci. Aucune disposition de la directive 2003/88 ou de l'accord-cadre précité ne fixe les modalités de calcul de cette indemnité de remplacement.

Cependant, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'expression « *congé annuel payé* » sous-entend que la rémunération doit être maintenue pendant la période de congé, et que le travailleur doit percevoir sa rémunération ordinaire. Le calcul de cette indemnité de remplacement doit se faire « *selon les mêmes modalités que celles retenues pour le calcul de la rémunération ordinaire* ».

Bien que le moment auquel intervient ce calcul soit sans pertinence, il peut

néanmoins avoir une incidence (cf. par exemple arrêt Locke³, IJ juin 2014, rémunération comportant une composante fixe et composante variable fonction des ventes réalisées). En l'espèce, une analyse spécifique relative au calcul de l'indemnité pour congés non pris, qu'il appartient au juge national de mener, pourrait être nécessaire, notamment si la rémunération par unité de référence (heure, jour, etc.) de Mme Greenfield a connu des variations du fait du changement de sa durée du travail.

La décision de la Cour

« 1) La clause 4, point 2, de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, conclu le 6 juin 1997, qui figure à l'annexe de la directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, la CEEP et la CES, telle que modifiée par la directive 98/23/CE du Conseil, du 7 avril 1998, et l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doivent être interprétés en ce sens que, en cas d'augmentation du nombre d'heures de travail effectuées par un travailleur, les États membres n'ont pas l'obligation de prévoir que les droits au congé annuel payé déjà acquis, et éventuellement pris, soient recalculés rétroactivement en fonction du nouveau rythme de travail dudit travailleur. Un nouveau calcul doit cependant être effectué pour la période au cours de laquelle le temps de travail a augmenté.

2) La clause 4, point 2, dudit accord-cadre et l'article 7 de la directive 2003/88 doivent être interprétés en ce sens que le calcul des droits au congé annuel payé doit être effectué selon les mêmes principes, qu'il s'agisse de déterminer l'indemnité compensatrice pour congé annuel payé non pris due dans le cas où il est mis fin à la relation de travail ou le solde des droits au congé annuel payé en cas de maintien de la relation de travail. »

3) CCJUE, 22 mai 2014, Locke, Aff. C-539/12, publié au recueil numérique